

*El Otro Derecho*  
es una revista editada por  
el Instituto  
Latinoamericano de  
Servicios Legales  
Alternativos, ILSA

Vol 8, No. 1- ISSN 0122-2252  
Tarifa Postal Reducida No. 1.052

**Editora:**  
Margarita Flórez  
**Consejo Editorial:**  
Mauricio Sanabria  
Germán Burgos  
Luis Carlos Arenas  
Héctor Moncayo  
Margarita Flórez

**ILSA**  
**Presidente:**  
Debra Evenson  
**Director:**  
Héctor- León Moncayo  
**Junta Directiva:**  
Fernando Rojas  
Carlos Federico Marés  
Manuel Jacques  
Debra Evenson  
Gladys Acosta  
Octavio Carsen  
Clarence Dias  
**Equipo ILSA Bogotá:**  
Margarita Flórez  
Amanda Romero  
Héctor Moncayo  
Cyndi Mellon  
Germán Burgos  
Carlos Alberto Ruiz  
Ruthy de Moncayo  
Yolanda Sánchez  
Leonel Suárez  
Gloria González  
Ismael Díaz  
Nubia Hurtado  
Miguel Mora  
Helena Vásquez

**Producción:**  
Marta Rojas  
**Fotomecánica  
e impresión:**  
Dupligráficas

**ILSA:**  
Calle 38 No. 16-45  
Tels.: (571) 2884772-  
2883678- 2880416- 2455955  
Fax: 2884854A.A. 077844  
Bogotá, Colombia  
Correo electrónico:  
silsa@coll.telecom.com.co

## PRESENTACIÓN

5

## DEBATES

9

La construcción legal del colonialismo  
de los Estados Unidos: los Casos Insulares (1901-1922)  
*Efrén Rivera Ramos*

109

Los difusos derechos colectivos  
*Carlos Frederico Marés de Souza Filho*

## INDICIOS

123

Reforma judicial, desarrollo económico  
y banca multilateral  
(Una aproximación crítica al tema)  
*Germán Burgos Silva*

## REFLEXIONES

139

El sistema interamericano  
de derechos humanos: evaluación  
*Lynne M. Baum*

## RESEÑAS

193

# Adpostal



*Llegamos a todo el mundo!*

**CAMBIAMOS PARA SERVIRLE MEJOR  
A COLOMBIA Y AL MUNDO**

ESTOS SON NUESTROS SERVICIOS

VENTA DE PRODUCTOS POR CORREO  
SERVICIO DE CORREO NORMAL  
CORREO INTERNACIONAL  
CORREO PROMOCIONAL  
CORREO CERTIFICADO  
RESPUESTA PAGADA  
POST EXPRESS  
ENCOMIENDAS  
FILATELIA  
CORRA  
FAX

LE ATENDEMOS EN LOS TELEFONOS

2438851-3410304-3415534

980015503

FAX 2833345

# Los difusos derechos colectivos<sup>1</sup>

---

**Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>2</sup>**

Traducción de Ana María Urbina

---

■ *La literatura latinoamericana es pródiga en darnos pistas sobre el entendimiento de muchas de nuestras inquietudes y dilemas. A partir de la metáfora de Garabombo el invisible, personaje de la obra de Manuel Scorza, cuya presencia resultaba inadvertida para la burocracia peruana mientras su lucha se situaba dentro de las oficinas públicas haciendo reclamaciones sobre los derechos de las comunidades indígenas del altiplano, y solamente adquirió corporalidad cuando tuvo que acudir a la protesta, el autor nos señala la dificultad que se presenta para el "orden" institucional enfrentar los desafíos conceptuales y procedimentales que le exponen los nuevos derechos colectivos que tienen como objeto reivindicar causas que pueden afectar al conjunto social.*

---

1. Texto presentado en la reunión "Organizaciones no gubernamentales, ciudadanía y democracia", realizada en São Paulo del 27 al 28 de abril de 1995.
2. Presidente del Instituto Socioambiental. Fiscal del Estado de Paraná. Profesor de Derecho Agrario y Ambiental de la PUC-PR. Miembro de la Junta Directiva de ILSA. Instituto Socioambiental -ISA- Avenida de Abreu 526 Torre B-11 Andar-CJ . 1110 CEP: 80730-905 Curitiba Paraná Correo electrónico: mares@mps.com.br

## Difuse Collective Rights

■ *Latin American literature is generous in giving us clues to understanding many of our inquietudes and dilemmas. Starting from the metaphor of “Garabombo el invisible”, a work by Manuel Scorza, whose presence went unnoticed by the peruvian beauracracy during his struggle inside public offices making claims of the rights of the indigineous communities in high altitudes and only acquired corporality when he had to go to protest, the author shows us the difficulty that is presented to the institutional order in confronting conceptual and procedural challenges that expose new collective rights aiming to defend causes that can affect the social whole.*

### 1. Introducción

Extraña enfermedad la de Garabombo que se hacía invisible cada vez que, pacíficamente, reivindicaba los derechos de la comunidad. Por más que entrara en los despachos públicos e intentara hablar con las autoridades, jamás era visto u oído. Varios comuneros habían testimoniado esa rara enfermedad conocida por todos y comentada por las autoridades. Pero no menos extraño fue el remedio que la enfermedad: bastó reivindicar con fuerza y practicar actos concretos de rebeldía e inmediatamente quedó curado, pasó a ser visible y, entonces, fue perseguido como agitador y violador de las leyes, terminando preso y muerto<sup>3</sup>.

De esta forma ha considerado las reivindicaciones colectivas el Estado nacido en la era moderna. Ningún poder debe existir entre el Estado y el ciudadano, proclamaba por ley la Revolución Francesa. O el poder era del Estado que garantizaba la realización de los derechos individuales, o ese poder era del individuo que ejercía esos mismos derechos.

Los derechos colectivos son invisibles aún hoy, basta verificarlo al analizar las decisiones preliminares a las tomas colectivas de tierras cuando, de manera invariable, el derecho individual recibe atención y el colectivo no.

3. Scorza, Manuel, *Garabombo, el invisible*. São Paulo, Círculo del libro, s/d. La novela de Scorza cuenta la historia del líder de los indios del altiplano peruano que retomaron las haciendas ocupadas por el ganado y las sementeras para volver a vivir de forma comunitaria. Pero a Garabombo, mientras reivindicaba de forma pacífica esa toma de tierras, nadie lo oía, a tal punto que todos los comuneros lo creían invisible a los ojos de los otros porque entraba a los despachos públicos y jamás lo atendían, aunque tampoco era molestado. Todo lo anterior hasta que, aprovechándose de esa circunstancia, Garabombo organizó la rebelión. Quedó curado, se hizo visible, pero también perseguible.

Así fue organizado el Estado moderno, como un prestador de servicios para la realización del pleno derecho individual, intercediendo sólo cuando la necesidad del ciudadano no puede ser suplida por la industria remunerada de otro o cuando el conflicto de derechos no puede ser una solución espontánea y voluntaria, en la que la negociación fracasaría.

Éste es el sentido no sólo del Derecho sino también del Estado y de su organización judicial. Sobre esta cultura es que surge el sistema jurídico fundado en el sujeto de derecho y en la existencia de bienes jurídicos. Todas las personas nacen iguales en derechos y toda libertad consiste en poder adquirirlos, ya que cabe al Estado únicamente prohibir su violación.

Todo lo que se salga de esta regla básica tendría que ser estirpado del Derecho como, por ejemplo, la institución del sexmo. Ésta también es la razón de la inmensa e imposible dificultad de juzgar la situación de los esclavos en Brasil. No era concebible tener a alguien no igual en derechos, o sea a alguien que siendo persona no pudiera adquirir derechos. Pero era también inconcebible que un bien jurídico, una cosa objeto del derecho pudiera, él mismo, tener derechos, pues los conceptos de bien jurídico y persona son inconfundibles y, más que esto, opuestos entre sí: la persona no puede ser cosa ni la cosa puede ser persona. Esto explica en gran medida el silencio de la ley brasileña del ochocientos en relación con los esclavos.

Este sistema, según el modo capitalista de producción, solamente podría convivir con una relación de trabajo basada en el contrato de hombres libres, en el cual ambas partes adquieren derechos: uno, disponer de la fuerza de trabajo, y otro, recibir una remuneración por el trabajo realizado. Al Estado cabe cuidar del resto, especialmente del orden social que significa el mantenimiento de la cultura contractual, haciendo que el contrato se cumpla.

Entonces el Poder Judicial que nace de ahí ha de ser neutro, profesional, experimentado y preparado para solucionar las disputas intersubjetivas, el enfrentamiento entre derechos, la composición del litigio; fundamentalmente, en la terminología clásica, para garantizar el ejercicio del derecho individual aunque sea injusto por las circunstancias.

Es obvio que el Estado evolucionó como el Derecho. El Estado pasó a intervenir profundamente en la sociedad, introduciéndose en el control de la economía, interfiriendo en la distribución de las riquezas, de los beneficios sociales a saber. El Derecho construyó nuevos conceptos, instituciones y razones, sin perder sin embargo la unión con la cultura contractual y la adquisición de derechos como la suprema libertad.

El Estado de bienestar, o el Estado benefactor, revi-

sa tanto su función como su derecho. Los nuevos derechos que surgen vuelven a definir el Derecho Público que organiza no sólo la propia estructura del Estado como persona de naturaleza especial, sino que ejerce sus derechos de forma especial y también crea formas para que el Estado intervenga en los derechos individuales, relativizándolos y reordenándolos, independientemente y aun en contra de la voluntad de los titulares.

El seguimiento a la trayectoria de la propiedad, principal derecho del sistema, es ejemplar. La propiedad nace plena y con una única excepción: la posibilidad de que el Estado expropie para un uso público esencial. Con el avance del Derecho Público se crean las limitaciones administrativas y poco después se diseña el concepto de función social de la propiedad que especializa los límites al derecho pleno.

En estos últimos años está surgiendo una nueva generación de derechos que se parecen a las limitaciones administrativas y se confunden con la función social de la propiedad, pero que no son meras declaraciones de principio ni un ordenamiento de los intereses del Estado. Son derechos de la sociedad que interfieren, alteran y modifican la relación jurídica del sujeto con el objeto de su derecho. Son interferencias con poder limitador de la propiedad por cuestiones ambientales, sociales, sanitarias, estéticas, históricas, culturales, etc.

Al mismo tiempo que evolucionaba la posibilidad de interferir en el derecho de propiedad con la limitación administrativa y la función social, otro lado de la cultura contractual sufría de forma permanente, aunque lentamente, un revés. La sociedad y el Estado tuvieron que reconocer la existencia de instancias con intermediarios cada vez más presentes; esto no sólo por exigencia de la democracia -como los partidos políticos-, sino de la propia lucha interna de la sociedad y de su estatura colectiva como proceso productivo. Los sindicatos y las sociedades civiles nacieron y ganaron tal importancia que fueron poco a poco asumiendo funciones unas veces del propio Estado, otras de los ciudadanos. Con lo anterior, el propio contrato, la otra base del sistema, comienza a alcanzarse.

Corresponde a los derechos estrechamente colectivizados, al punto de que su título es difuso, una especie de sociedad civil que, cumpliendo políticas públicas, no hace parte del aparato del Estado y que, por eso mismo, pasó a conocerse con el gracioso nombre de Organizaciones No Gubernamentales (ONG).

Los cambios han ocurrido de forma acentuada, pero casi imperceptiblemente, siendo difícil localizar los puntos de

mutación dentro del sistema porque en gran medida esos cambios profundos sucedieron o se manifestaron en leyes aisladas dentro del sistema. El decreto de ley 25/37 que instituyó el derribo de bienes culturales en Brasil fue un marco, el Código Forestal o ley 4.717/65 fue otro, lo mismo que la ley de Acción Civil Pública (ley 7.357/85). Figura como gran marco, inclusive por la importancia que tiene en el sistema, la Constitución de 1988 y después de ella el Código del Consumidor. El derribo de bienes culturales y el Código Forestal alcanzan el núcleo de propiedad, mientras que el Código del Consumidor llega al núcleo de los contratos.

Mauro Capelletti entiende que la gran diferencia entre estos derechos y los tradicionales está en su relación con el Estado. Los tradicionales son garantizados por el Estado y deben ser promovidos por éste. Dice textualmente:

Distintos de los derechos tradicionales, para cuya protección se requiere sólo que el Estado no permita su violación, los derechos sociales -como el derecho a la asistencia médica y social, a la vivienda o al trabajo- no pueden ser simplemente atribuidos al individuo. Ellos exigen, al contrario, una permanente acción del Estado teniendo como objetivo financiar subsidios, quitar barreras sociales y económicas para, al fin, promover el cumplimiento en relación con los problemas sociales, fundamentos de estos derechos y de las expectativas legitimadas por ellos".<sup>4</sup>

## **2. Los intereses difusos como expresión jurídica**

Estos nuevos derechos de la sociedad tienen como principal característica el hecho de que su título no está individualizado, a no ser que tenga o no pueda tener claridad sobre él. No son fruto de una relación jurídica precisa sino sólo de una garantía genérica que debe cumplirse y que en su cumplimiento acaba por condicionar el ejercicio de los derechos individuales tradicionales.

Esta característica los aparta del concepto de derecho individual concebido en su integridad en la cultura contractual o constitucional del siglo XIX, porque es un derecho sin sujeto.

O dicho de manera que parece aún más confusa para el pensamiento individualista, es un derecho donde todos son sujetos. Si todos son sujetos del mismo derecho, todos pueden disponer de él, pero al mismo tiempo nadie puede disponer de él, contrariándolo, porque sería violar el derecho de todos los otros.

Si no hay posibilidad de identificar este fenómeno con un titular, que sea persona en los términos de la dogmáti-

---

4. Capelletti, Mauro, *Jueces legisladores*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993, pág. 41.

ca tradicional, aparentemente estamos no ante un derecho sino ante un simple interés. En realidad no es tan importante discutir si el nombre de esto es derecho o interés, lo que importa es verificar las consecuencias que le trae al Derecho.

Es evidente la ausencia de titulares del derecho porque no se puede encontrar quién lo adquiera e integre a su patrimonio o en qué relación contractual lo adquiera. Es verdad, no interesa inquirir el momento de la adquisición del derecho difuso porque todos ellos son fruto de la ley; no hay interés difuso protegido sino cuando la ley así lo caracteriza. Por eso, los derechos difusos son función abstracta de la ley que se concreta independientemente de la conciencia o voluntad del sujeto. No es necesario siquiera ser fumador para tener derecho a que los vendedores de cigarrillos marquen correctamente su producto, ni el más riguroso invierno disminuye el derecho a la información exacta en la venta de equipos de aire acondicionado. No es necesario estar circunstancialmente sin casa para tener derecho a la vivienda, ni ser afiliado al movimiento de gentes sin tierra para tener el derecho al trabajo en el campo.

Claro está que no sólo en la versión del consumidor desaparece la figura individualizada del titular. Todos tienen derecho al medio ambiente equilibrado en lo ecológico, pero esto no restringe el derecho a los que son o pueden ser afectados por un desequilibrio. Todos tienen derecho a la preservación de los bienes culturales aunque no se vea, no se sienta o no guste la cultura en cuestión.

Pero téngase en cuenta que cuando estamos diciendo que todos tienen derecho a estas cosas, la palabra derecho, en este caso, está en el término jurídico preciso al ser su titular. Dicho de otra forma, cada uno individualmente es titular del derecho sobre la relación o la cosa, pero esa titularidad no puede ser apropiada, transferida, traspasada; o sea, este derecho no integra el patrimonio individual de cada uno. Por eso mismo este derecho es difuso y de titularidad difusa.

Al mismo tiempo que estas relaciones y bienes tienen sobre sí una titularidad difusa, hablando en concreto, tienen una titularidad individual. Lo cual quiere decir que la relación entre productor/vendedor/consumidor es una relación concreta, real, jurídicamente establecida, en la que las personas adquieren, alteran, modifican, traspasan bienes y derechos que integran o salen de sus patrimonios privados.

El dominio del bien ambiental o culturalmente protegido también tiene esta característica. Él mismo como bien individualizado hace parte e integra un patrimonio -público o particular-, pero hay, desde el punto de vista de la sociedad, una titularidad difusa sobre la que altera su esencia.



Jurídicamente esto quiere decir que en las relaciones de consumo, más allá de una relación contractual o comercial ya bastante reglamentada por el sistema jurídico contractual, en por lo menos dos códigos -el comercial y el civil-, con sus eventuales consecuencias penales, hay otra relación de carácter vasto y difuso pero de naturaleza personal, que interfiere, tiene poder para modificar, limita la relación jurídica concreta existente, que es diferente y no se confunde con la relación comercial o con la relación contractual civil del comprador/vendedor.

Esta relación de nuevo tipo en el derecho positivo brasileño, aún está muy próxima a la relación de compra y venta estrictamente contractual y parece que algunas veces se confunde con ella, creándose un sistema de mayor protección del comprador genérico y virtualmente engañado.

Mientras tanto, aun en el derecho positivo brasileño, en los derechos difusos existentes en la protección jurídica de los bienes ambientales y culturales la cosa es bien diferente.

Allí no hay ninguna confusión entre los titulares porque aún el propietario es titular claro del derecho difuso. Aquí el Derecho está creando nuevos conceptos jurídicos como el del daño ambiental y cultural y el del bien de interés público. En este campo del Derecho, el de las cosas, las relaciones son siempre mucho más claras. Aquí se trata de derechos sobre la cosa ajena, con la diferencia de que estos derechos no son individuales sino de titularidad difusa.

Estos derechos son un verdadero derecho difuso real sobre la cosa ajena, con todas las características de los derechos reales; opuesto *erga omnes* y directamente relacionado a un bien jurídico. En este caso un bien jurídico especial que obtuvo del sistema una protección extra, capaz de alterar su esencia, modificando el régimen de propiedad, imponiéndole limitaciones, transformando hasta su función social. Exactamente porque hace todo esto al mismo tiempo no se confunde con la limitación administrativa —derecho del Estado de ordenar el uso de la propiedad—, ni con la función social, atributo valorativo de la propiedad, aunque la limite y le dé un atributo valorativo.

El derecho difuso real sobre la cosa ajena, ejercido por todos sobre los bienes de interés público, es mayor que las limitaciones administrativas porque éstas se independizan del Estado y pueden ejercerse contra él más que en la función social de la propiedad, porque es una modificación en la esencia de la cosa.

Así se expresaba José Alfonso da Silva:

Se observa que mientras el concepto pacífico y general de

la función social de la propiedad privada se traduce esencialmente en la imposición al titular del derecho sobre la cosa de ciertas obligaciones personales (*ob rem*) para hacer socialmente útil la titularidad privada del derecho mismo, no se traduce en un régimen especial de la cosa en sí; la configuración de una parte de una categoría de bienes privados con especificidad pública presupone un régimen especial (...). En tales casos, esos vínculos constituyen no sólo obligaciones *personales "ob rem"* y no son, por eso mismo, de considerar las meras consecuencias de la aplicación del concepto de función social de la propiedad, pero se traducen en un *régimen especial de la cosa en si (...)*<sup>5</sup>

Sin embargo, debe anotarse que aunque la Constitución haya albergado, creado y posibilitado derechos difusos de varios órdenes como el acceso a la tierra, a la asistencia social, al trabajo, a la remuneración mínima, a la reglamentación, hasta ahora está adscrita a la moralidad de los actos administrativos: consumidor, medio ambiente y patrimonio cultural; ésto porque el proceso judicial para la garantía de los derechos difusos apenas ayudan a éstos.

### **3. El proceso y los nuevos derechos**

El proceso civil, creado y desarrollado dentro de un rígido formalismo capaz de resolver los conflictos intersubjetivos y sin gran preocupación por el cumplimiento de la justicia, sirvió y sirve a los derechos individuales tradicionales. Su crisis actual no consiste en la dificultad o demora del servicio jurídico intersubjetivo. Ésta es sólo una crisis de cantidad, no de calidad.

El papel del Estado, que como poder judicial tiene el deber de garantizar el cumplimiento de la ley, hizo que los derechos individuales se cumplieran y ejecutaran dentro de los parámetros establecidos por ella.

La cultura contractual organizó el sistema judicial con principios coherentes, correspondiendo a cada derecho individual una acción individual. El titular del derecho es también titular de la acción y sólo él puede reivindicar del Estado la protección de su derecho, la fórmula es: "nadie puede en nombre propio postular un derecho ajeno".

Empero, el avance de los derechos colectivos y difusos sobre el sistema jurídico comenzó a exigir una elaboración de excepciones a este principio hasta la creación de acciones propias que, con procesos y procedimientos adecuados, sea capaz de poner al poder judicial a disposición de los titulares difusos.

---

5. Silva, José Alfonso da, "Aspectos jurídicos del patrimonio ambiental", São Paulo, FAUUSP, 1981, pág. 9.

Aunque de difícil creación y elaboración legislativa, en Brasil hay un innegable avance en la protección de los derechos e intereses difusos del consumidor, del medio ambiente y del patrimonio cultural, o aún más de los intereses de grupos jurídicamente ligados entre sí. Estas acciones judiciales como el mandato de la seguridad colectiva, la acción popular y la acción civil pública tienen límites concretos y razones distintas de existencia, pero todas ellas sirven en la defensa de intereses colectivos o difusos.

Otros derechos como el de vivienda, el acceso a la tierra, al trabajo, a la salud, a la educación, a la asistencia social están ya creados pero dependen de una reglamentación concreta para su ejercicio. Esa situación de derecho colectivo o difuso creado pero que no está en ejercicio por falta de reglamentación produce una laguna real en el sistema, que en el caso brasileño es resuelta —o tiene como propuesta de solución— por el mandato de obligatoriedad y la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Sin embargo, volvamos a la presencia de los derechos difusos que están en juicio. El primer problema es el de la legitimación activa, porque el derecho de acción es, por sí solo, un derecho que individualizado o personalizado es difícil de realizar difusamente. La solución obvia que surge al sistema es la legitimación del Estado o de un órgano de éste especialmente creado para ese fin como es el Ministerio Público.

Esta solución no puede ser exclusiva, como no lo fue en Brasil, porque hace falta también la legitimación de los individuos o de los representantes de los individuos como son las organizaciones civiles especialmente legitimadas. La acción civil pública brasileña adoptó esta fórmula.

Mientras tanto, dicha legitimación ha sido entendida sólo para la reparación de los daños causados al consumidor, al medio ambiente y al patrimonio cultural. Debemos recordar que el término "difuso" fue vetado por el Ejecutivo en el proyecto de ley que llegó del Congreso Nacional, si bien el Código del Consumidor volvió a poner la tutela de todos los intereses difusos de una forma genérica. Empero, aún es muy pronto para decir lo que en Brasil se entiende por intereses difusos, hace falta más actividad judicial para definir el alcance de esta norma y más agresividad de las propias asociaciones para hacer propuestas nuevas y emprender acciones civiles públicas transformadoras.

El poder judicial brasileño aún no entendió estos derechos ejercidos fuera de las acciones específicas. Aún no reconoció que ellos pueden oponerse a derechos individuales en acciones ordinarias y especialmente a derechos de propiedad y posesión.

La nueva Constitución colombiana encontró como solución para casos de violación de derechos difusos una acción llamada "Acción de Tutela" que es una especie de remedio jurídico con las características del *Habeas Corpus*, pero con el objetivo de atender los reclamos colectivos y difusos. La acción de tutela fue reglamentada por ley ordinaria y ya tiene vasta interpretación jurisdiccional.

Otros países buscan soluciones parecidas. El hecho actual es que no se adelanta nada al crear nuevos y revolucionarios derechos materiales si no hay formas de acceso a nivel judicial para hacerlos efectivos. Sólo crear los derechos en las leyes sustantivas transformará a sus titulares en Garabombos y cada vez que ventilen sus derechos se harán irremediabilmente invisibles. Encontrar formas procesales para el ejercicio de estos derechos será el remedio que -volviendo a los garabombos visibles- no los llevará a la prisión y a la muerte.

En verdad ninguna de las soluciones encontradas hasta ahora pueden resolver el centro de la cuestión porque la crisis alcanza a la estructura misma del poder judicial, ya que no es sólo la legitimidad activa la que está en juego, sino el fundamento contractual e intersubjetivo del proceso. Cualquier solución marcará una profunda transformación en el derecho procesal. Algunos de los dogmas sobre los cuales está asentado se rompen como cristales creando fisuras irreparables.

El primer dogma roto es el de la propia legitimación activa que no puede ser ya más una persona, o un consorcio de personas titulares de derecho las que estarán en juicio, ni el Estado con el monopolio de la acción -como en el proceso penal-, sino personas con nombre propio postulando derechos ajenos.

El debido proceso legal con la notificación de todas las partes que estén en juicio no es viable en este tipo de acción. No habrá siquiera un esfuerzo formal de notificación como el simbólico edicto. Habrá, eso sí, decisiones contra el interés y el derecho de quien no figura en la relación procesal.

La cosa juzgada sufrirá modificación. En la protección de los derechos difusos la cosa juzgada aprovecha o perjudica a terceros.<sup>6</sup>

#### **4. Más dogmas amenazados**

Si bien analizamos estos nuevos derechos, podemos ver que algunos dogmas centrales del Estado y del Derecho Moderno quedan seriamente amenazados, además de los procesales.

---

6. Ver sobre las alteraciones en los dogmas procesales, especialmente: Capelletti, Mauro, *Tutela de los intereses difusos*, en *Ajuris* No. 33, marzo, 1995, págs. 82-169.

La relación jurídica entre persona y objeto, por ejemplo, queda afectada en sus cimientos por el simple hecho de que todos, de forma *impersonal*, pasan a tener derechos sobre un bien cuyo derecho es individual. Pero la subjetividad del derecho queda amenazada mucho más allá.

Cuando se declara prohibida la tala de un árbol, contra la libre disposición del propietario de la tierra, ¿se está creando un derecho para todos los hombres contra el derecho del propietario, maderero o leñador, o se está creando un derecho del árbol contra todos los hombres? Cuando la ley prohíbe la caza, captura o cautiverio del tigrillo, considerándolo bien público, ¿está sólo limitando el ente público del libre ejercicio de su derecho sobre el tigrillo o se está creando un derecho de todos contra el cazador, o aún más, se está creando uno del tigrillo contra todos, inclusive el Poder Público?

En esta proposición se nota que el objeto está confundido con el sujeto, o mejor que el objeto se puede confundir con el sujeto, como en el caso de los esclavos de Brasil. La diferencia del árbol y del tigrillo con el esclavo reside en el hecho de que la esclavitud era una institución de derecho ya pasada. Por eso, en el enfrentamiento del esclavo con la ley, venció lo legal porque apuntaba hacia el futuro; el esclavo quedó libre y por eso se convirtió en titular de derechos. En la disputa entre derecho, tigrillo y árbol están éstos que apuntan al futuro. Si en el siglo XIX cambió la esclavitud, en el siglo XXI cambiará la ley.

Michel Serrés se preguntaba ¿por qué solamente el huésped tiene derecho y no el hospedero? La Revolución Francesa proclamó que todos los hombres nacen iguales en derechos, y está bien que sean todos los hombres, pero ¿por qué sólo los hombres? ¿Por qué no también los árboles y los tigrillos?<sup>7</sup>

Estamos lejos de poder crear un derecho que refleje una subjetividad en las plantas y animales, en las piedras y en las aguas porque vivimos un humanismo en el cual las plantas, los animales, las piedras, las aguas o el planeta han sentido por el ser humano, como posibilidad hacia él, el propósito de una vida saludable y confortable, es decir, las imitaciones ambientales están hechas para la humanidad, para servir a la humanidad.

Sin embargo es claro que algunos conceptos relativos a esta humanidad se están rehaciendo, como por ejemplo el de la biodiversidad y la sociodiversidad, ambos declarados positivos como derechos de los hombres en la Constitución brasileña de 1988.

---

7. Serrés, Michel, *El contrato natural*, São Paulo, Nueva Frontera.

Aunque se puede decir que al hombre le interesa el mantenimiento de la existencia de la biodiversidad en la tierra, no se condiciona a su existencia la inmediata satisfacción de las necesidades humanas, de tal suerte que la preservación de la biodiversidad, como derecho, se aparta un poco del principio de la preservación en función de la necesidad humana, con lo cual queda difícil decir que tiene interés, aunque sea difuso, en la preservación de ella.

Otro concepto que en la dogmática jurídica pierde —o gana tal vez porque multiplica— en estas nuevas concepciones es el del patrimonio. El patrimonio deja de ser solamente el conjunto de bienes y derechos de una persona para alcanzar magnitudes de otro orden. Independientemente de ser público o privado, el patrimonio siempre es un conjunto de bienes y derechos relacionados con una persona física o jurídica, pública o privada.

Como excepción, un patrimonio puede quedar subordinado a una entidad sin persona, como una importante herencia o una quiebra colectiva, pero las excepciones deberían ser pasajeras hasta encontrar un titular nuevo que fuera una persona sujeto de derecho. Ya hace algún tiempo, pero no antes de que estas transformaciones comenzaran, surgieron para el derecho otros patrimonios: cultural, ambiental, genético, nacional y social, que también están formados por bienes y derechos, pero por bienes que tienen titularidad de dominio individualizado y diferente del difuso sujeto comunitario y por derechos que se ejercen, exactamente, contra los titulares de dominio y también de una manera difusa.

Mientras tanto, el dogma más firme: la armónica e independiente división de los poderes, se ve con la entrada de estos nuevos derechos en ruptura latente. El derecho brasileño reconoce la existencia de lagunas en el sistema —lo que de por sí es un rompimiento del dogma— y busca rellenarlas con la creación del mandato de obligación y de acción de inconstitucionalidad por omisión, intentando tímidamente entregar al nivel judicial el papel de legislador o, por lo menos, de suplir la laguna que no está legislada. La solución es tímida, pero la ruptura está ahí. La intocable división entre los poderes comienza a derrumbarse y es necesario, sin embargo, tener cuidado. La democracia está en peligro y si ella lo está también la transformación del Derecho.

Sin democracia los derechos colectivos, comunitarios, difusos se confunden con las razones de Estado y perecen o persisten en forma de simulacro o rebeldía.

## **5. La democracia, los nuevos derechos y el poder judicial**

Estos nuevos derechos colectivos, comunitarios, sociales o difusos florecen con el avance del Estado de bienestar social, pero sólo fructifican cuando se vive en democracia. La democracia es un presupuesto porque es presupuesto de estos derechos la posibilidad de ser ejercidos aun en contra de la voluntad del Estado, no para sustituirlo sino para apremiarlo a reaccionar ante las omisiones y para que corrija sus nefastas acciones.

Diferentes a los derechos tradicionales, estos derechos no dependen únicamente de la protección del Estado contra las violaciones, necesitan del ejercicio efectivo de la Administración Pública en el sentido de su promoción.

Esta relación próxima de los derechos sociales, comunitarios o difusos con la democracia impone la organización de la sociedad para su ejercicio.

Mientras tanto, la llegada de nuevos derechos cuya medida no cabe en un catálogo codificado y que exigen "permanente acción del Estado con miras a financiar subsidios, remueven barreras sociales y económicas"<sup>8</sup>, y en lo judicial ya no hay parámetro subjetivo para el juicio; entonces, la interpretación crea el derecho sin tener legitimidad para tanto. El fundamento de la legitimidad de lo judicial es su carácter técnico, por eso la pierde si tiene que adoptar como criterio de juicio el carácter político.

Así, la administración que juzga es tan peligrosa como el sector judicial que legisla; mientras los jueces interpretan, legislando, ellos están dentro de su papel institucional para la solución de derechos intersubjetivos.

No obstante, los riesgos son enormes al ser juzgados los derechos difusos como si fueran intersubjetivos porque lo judicial, tal como está concebido, no tiene legitimidad ni competencia para juzgarlos ya que fue creado y concebido para solucionar derechos intersubjetivos; éste es un cuerpo eminentemente técnico y como tal puede cumplir un papel fundamental en el Estado y en la democracia, en el juicio de las contiendas intersubjetivas, pero cuando se le exige juicio político, social, interpretar el sentimiento del pueblo en un caso concreto, le huye a la competencia y aunque muchos jueces, individualmente, puedan tener gran sensibilidad social, como estructura de poder, su sensibilidad es apenas técnica.

El Estado organizado para decidir cuestiones intersubjetivas tiene una enfermedad que lo ciega y no puede ver las reivindicaciones de Garabombo; lo imagina y lo hace invisible. Pero cuando Garabombo despierta y embiste contra el

---

8. Capelletti, Mauro, *op. cit.*

derecho individual proponiendo en la práctica un derecho social, éste aparecerá ante los ojos curados del sistema como violador del derecho y su conducta será obviamente antijurídica, punible y culpable.

Por eso es pertinente, en función de esta exigencia social, imaginar un nuevo Estado que juzgue los derechos difusos. Este nuevo nivel judicial debe ser democrático en su concepción, multidisciplinario y múltiple en su formación.

No es posible que lo judicial —Estado que integra la controversia—, concebido para deslindar las cuestiones intersubjetivas del siglo XIX, continúe con la misma estructura para juzgar y componer los derechos sociales y difusos del siglo XXI.